



Zbornik sudske prakse

MIŠLJENJE NEZAVISNOG ODVJETNIKA
YVESA BOTA
od 4. srpnja 2013.¹

Predmet C-59/12

**BKK Mobil Oil Körperschaft des öffentlichen Rechts
protiv
Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV**

(zahtjev za prethodnu odluku koji je uputio Bundesgerichtshof (Njemačka))

„Zaštita potrošača – Nepoštena poslovna praksa – Direktiva 2005/29/EZ – Područje primjene ratione personae – Zavaravajuće informacije koje širi fond za osiguranje za slučaj bolesti osnovan u obliku javnopravnog tijela – Pojam „trgovac““

1. Ovim prethodnim pitanjem Bundesgerichtshof (Njemačka) zahtijeva od Suda da protumači pojam „trgovac“ u smislu Direktive 2005/29/EZ² o nepoštenoj poslovnoj praksi i razjasni područje primjene pravila utvrđenih u njoj. Konkretno, postavlja se pitanje može li zavaravajuće oglašavanje javnopravnog tijela koje obavlja zadaću u općem interesu, kao što je fond za osiguranje za slučaj bolesti, predstavljati nepoštenu poslovnu praksu koju trgovac primjenjuje u odnosu na potrošače i biti zbog toga zabranjeno od strane država članica.
2. Ovo prethodno pitanje ulazi u okvir spora između BKK Mobil Oil Körperschaft des öffentlichen Rechts (u daljnjem tekstu: BKK), njemačkog fonda za osiguranje za slučaj bolesti, i Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV (Udruga za borbu protiv nepoštenog tržišnog natjecanja, u daljnjem tekstu: Wettbewerbszentrale), zbog oglašavanja BKK-a kod svojih članova i za koje je utvrđeno da je zavaravajuće.
3. Značenje odgovora na pitanje koje je postavio sud koji je uputio zahtjev je jasno. Radi se o određivanju područja primjene Direktive, a osobito o utvrđivanju konkretnog dosega koji je zakonodavac Unije namjeravao dati pojmu trgovca ili poslovnog subjekta, pri čemu on bez razlike koristi jedan ili drugi pojam. Cilj je jednostavan jer treba zajamčiti visok stupanj zaštite potrošača u skladu s ciljem iz članka 169. UFEU-a tako da se osigura učinkovita i usklađena provedba borbe protiv nepoštena poslovne prakse na koju se Direktiva odnosi, a osobito spriječi da zbog pravnog oblika predmetnog subjekta potrošač bude lišen zaštite.
4. U ovom mišljenju predložiti ću Sudu da prihvati tumačenje koje u svojim pisanim očitovanjima predlaže sud koji je uputio zahtjev kao i talijanska vlada te Europska komisija.

1 — Izvorni jezik: francuski

2 — Direktiva Europskog parlamenta i Vijeća od 11. svibnja 2005. o nepoštenoj poslovnoj praksi poslovnog subjekta u odnosu prema potrošaču na unutarnjem tržištu i o izmjeni Direktive Vijeća 84/450/EEZ, direktiva 97/7/EZ, 98/27/EZ i 2002/65/EZ Europskog parlamenta i Vijeća, kao i Uredbe (EZ) br. 2006/2004 Europskog parlamenta i Vijeća („Direktiva o nepoštenoj poslovnoj praksi“) (SL L 149, str. 22.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 15., svezak 8., str. 101., u daljnjem tekstu: Direktiva).

5. Naime, zagovarat ću stav da priroda i važnost javnog interesa na kojem počiva zaštita potrošača opravdavaju mogućnost da se na temelju predmetnih odredaba protumači ponašanje tijela koje neovisno o svojem statusu ili zadaći u općem interesu koju obavlja krši svoju dužnost profesionalne pažnje i u pogledu potrošača primjenjuje nepoštenu poslovnu praksu u svojem segmentu djelatnosti. Stoga ću Sudu predložiti da odluči da se tijelo, kao što je ono o kojem je riječ u glavnom postupku, može kvalificirati kao „trgovac” u smislu predmetnih odredaba kada se poslovno oglašava kod potrošača, i to kao svaki drugi tržišni operator koji se bavi takvom djelatnošću.

6. Svoju ću ocjenu zasnovati na sudskoj praksi Suda u vezi s pojmom poduzetnika u pravu tržišnog natjecanja i na tekstu članka 2. točke (b) Direktive kao i na njezinoj svrsi.

I – Pravni okvir

A – Pravo Unije

7. U skladu s člankom 1. navedene Direktive i u vezi s njezinom uvodnom izjavom 14., Direktiva ima za svrhu postići visok stupanj zaštite potrošača provođenjem potpunog usklađivanja nacionalnih zakonodavstava o nepoštenoj poslovnoj praksi.

8. Izrazi koje koristi zakonodavac Unije definirani su u članku 2. Direktive. U skladu s tim člankom 2. točkom (b) „trgovac” znači „svaka fizička ili pravna osoba koja, u poslovnoj praksi na koju se odnosi [...] Direktiva, djeluje u svrhe vezane uz njezinu trgovačku odnosno poslovnu djelatnost, obrt ili slobodno zanimanje, kao i svaka osoba koja djeluje u ime ili za račun trgovca”.

9. Nadalje, u smislu članka 2. točke (d) Direktive „poslovna praksa poslovnog subjekta prema potrošaču” znači „svaka radnja, izostavljanje, tijek postupanja ili zastupanja, tržišno komuniciranje uključujući oglašavanje i stavljanje proizvoda na tržište koje izvrši trgovac, a u izravnoj je vezi s promocijom, prodajom ili dobavljanjem proizvoda potrošačima”.

10. U skladu s člankom 3. stavkom 1. Direktive, ona se „primjenjuje na nepoštenu poslovnu praksu prema potrošaču [...] prije, tijekom i nakon posla u vezi s proizvodom”.

11. Naposljetku, članak 5. stavak 1. Direktive uspostavlja načelnu zabranu nepoštene poslovne prakse. Stavkom 2. navedene odredbe utvrđeni su sastavni dijelovi takve prakse kako slijedi:

„Poslovna praksa je nepoštena:

(a) ako je u suprotnosti sa zahtjevima u pogledu profesionalne pažnje;

i

(b) ako bitno narušava ili je vjerojatno da će narušiti gospodarsko ponašanje prosječnog potrošača do kojeg dopire odnosno kojem je namijenjena, u odnosu na proizvod [...]”.

B – Njemačko pravo

12. Direktiva je u njemački pravni poredak prenesena Zakonom o suzbijanju nepoštene poslovne prakse (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb)³.

³ — BGBl. 2004. I, str. 1414., u daljnjem tekstu: UWG.

13. Pojmovi poslovne prakse i trgovca definirani su u članku 2. UWG-a dok se na zabranu nepoštene i zavaravajuće poslovne prakse odnose članci 3. i 5. UWG-a.

II – Glavni postupak i prethodno pitanje

14. Glavni postupak tiče se oglašavanja BKK-a kod njegovih članova u prosincu 2008., a koje glasi:

„Ako odlučite izaći iz BKK-a sada [...], morat ćete biti članom novog [fonda za obvezno zdravstveno osiguranje] sljedećih 18 mjeseci. Što znači da više nećete imati pravo na privlačne ponude BKK-a [...] tijekom sljedeće godine, a možda ćete morati još nešto i doplatiti ako iznos uplaćen u novi fond ne bude dovoljan i ako zbog toga bude potrebna dodatna uplata.”

15. Pred nacionalnim sudom Wettbewerbszentrale ističe da BKK širi zavaravajuće oglašavanje. Naime, on zahtijeva povlačenje istoga i naknadu izvansudskih troškova. BKK, sa svoje strane, smatra da se postupanje ne može tumačiti iz kuta odredaba Direktive iz razloga što u svojem svojstvu javnopravnog tijela, koje obavlja zadaću u općem interesu, on ne djeluje s ciljem ostvarivanja dobiti i stoga ga se ne može kvalificirati kao „trgovca” u smislu članka 2. točke (b) Direktive.

16. Sud koji je uputio zahtjev i pred kojim je spor u tijeku pita se o području primjene Direktive. On se pita je li se BKK, postupajući tako prema svojim članovima, ponašao kao „trgovac” u smislu članka 2. točke (b) Direktive, u kojem slučaju bi njegovo postupanje moglo predstavljati nepoštenu poslovnu praksu zabranjenu na temelju članka 5. stavka 1. Direktive i članka 3. UWG-a.

17. Zbog svoje dvojbe oko tumačenja predmetnih odredaba Bundesgerichtshof je odlučio prekinuti postupak i uputiti Sudu sljedeće pitanje:

„Trebali li članak 3. stavak 1. [Direktive] u vezi s člankom 2. točkom (d) Direktive [...] tumačiti na način da postupanje obveznog fonda za osiguranje za slučaj bolesti u vidu davanja svojim članovima (zavaravajućih) informacija o nepogodnostima koje bi potonji trpjeli u slučaju promjene obveznog fonda za osiguranje za slučaj bolesti predstavlja također radnju trgovca (koja je poslovna praksa poslovnog subjekta prema potrošačima)?”

18. Wettbewerbszentrale, talijanska vlada i Komisija dostavili su Sudu svoja pisana očitovanja.

III – Moja analiza

19. Svojim pitanjem sud koji je uputio zahtjev pita Sud u bitnome treba li članak 3. stavak 1. Direktive u vezi s njezinim člankom 2. točkom (d) tumačiti na način da se javnopravno tijelo zaduženo za upravljanje obveznim osiguranjem za slučaj bolesti može kvalificirati kao „trgovac” ili „poslovni subjekt” kada se među svojim članovima zavaravajuće oglašava, što bi zbog toga moglo predstavljati nepoštenu poslovnu praksu.

20. Postavlja se stoga pitanje može li se u kontekstu prava zaštite potrošača kao „trgovac” ili „poslovni subjekt” kvalificirati javnopravno tijelo koje obavlja zadaću u općem interesu, kao što je fond za osiguranje za slučaj bolesti, ili je to tijelo, vodeći računa o sustavu u kojem djeluje i zadaći koju obavlja, isključeno iz područja primjene Direktive.

21. Prije nego što započnem svoju analizu pitanja koje nam Bundesgerichtshof postavlja želim iznijeti tri opažanja.

22. Kao prvo, odgovorom na pitanje koje je postavio sud koji je uputio zahtjev moralo bi biti moguće izvesti autonomno i ujednačeno tumačenje pojma trgovca u cijeloj Europskoj uniji. Naime, kao što je jasno proizlazi iz uvodne izjave 14. Direktive, zakonodavac Unije nastoji postići potpuno usklađivanje pravila o borbi protiv nepoštene poslovne prakse i upućuje na pravo država članica samo u pogledu određivanja sustava sankcija koje se primjenjuju u slučaju povreda mjera propisanih Direktivom⁴. U tom će pogledu Sud morati dakle utvrditi smisao i doseg navedenog pojma vodeći računa osobito o kontekstu u kojem se on koristi i ciljevima koji se nastoje ostvariti propisima kojih je on dio⁵.

23. Drugo, tumačenje koje je Sud pozvan izvesti moralo bi omogućiti da se osigura usklađenija i ujednačenija primjena pojma trgovca u širem kontekstu prava zaštite potrošača. Naime, iako je zaštita potrošača cilj koji zakonodavac Unije i Sud uporno nastoje ostvariti, paradoksalno je da ne postoji jasno shvaćanje pojma trgovca. Naime, taj pojam ne upućuje na jedinstvenu definiciju, iako se radi o temeljnom pojmu za ostvarivanje prava potrošača koji je zajednički svim zakonima o pravima potrošača⁶. Kao što je Komisija 8. veljače 2007. istaknula u svojoj Zelenoj knjizi o reviziji pravne stečevine Zajednice u području zaštite potrošača⁷, te razlike ne mogu se ozbiljno opravdati posebnim ciljem dotičnih direktiva, a nesigurnost koju stvaraju pogoršava činjenica da se države članice služe odredbama o minimalnim zahtjevima kako bi na razne načine proširile nejasne definicije pojma trgovca⁸.

24. Kao treće, sud koji je uputio zahtjev postavlja to pitanje jer je Sud, kad je riječ o pravu tržišnog natjecanja, iz pojma poduzetnika isključio subjekte koji obavljaju djelatnosti s isključivo socijalnim ciljem, kao što su one koje obavljaju njemački fondovi za osiguranje za slučaj bolesti ili tijela koja doprinose upravljanju javnom uslugom socijalnog osiguranja⁹. Iako se ovo tumačenje odnosi na spor različit od onoga kojim se bavim u ovom slučaju, ipak mi daje smjernice za tumačenje koje mi se čine relevantnima za svrhu moje analize. To je razlog zbog kojeg ću početi svoju analizu pozivanjem na tu sudsku praksu.

25. U pravu tržišnog natjecanja Sud definira poduzetnika kao „svaki subjekt koji obavlja gospodarsku djelatnost, bez obzira na pravni status tog subjekta i njegov način financiranja”¹⁰. Pojam poduzetnika je dakle funkcionalan pojam. On je prije svega određen svojom gospodarskom djelatnošću koja se, prema stajalištu Suda, mora sastojati od ponude robe i usluga na određenom tržištu¹¹. Pojam poduzetnika nije određen ni svojim pravnim statusom ni načinom svojeg financiranja. To je tumačenje neophodno za djelotvorno provođenje pravila utvrđenih u člancima 101. i 102. UFEU-a jer se njime može onemogućiti gospodarske subjekte da zaobilaze pravila tržišnog natjecanja na način da preuzmu pravni status koji bi ih isključivao iz njihova područja primjene.

4 — Članak 13. Direktive.

5 — Podsjećam da na temelju sudske prakse, koja je danas ustaljena, iz zahtjeva za ujednačenu primjenu prava Unije kao i načela jednakosti proizlazi da pojmovi iz odredbe prava Unije koja ne sadržava nikakvo izričito upućivanje na pravo država članica radi utvrđivanja svojeg smisla i dosega moraju u cijeloj Uniji imati autonomno i ujednačeno tumačenje, koje treba dati uzimajući u obzir kontekst odredbe i cilj predmetnog propisa (vidjeti presudu od 21. prosinca 2011., Ziolkowski i Szeja, C-424/10 i C-425/10, t. 32. i 34. kao i navedenu sudsku praksu).

6 — Isto tako, čini mi se zanimljivim istaknuti da u širem okviru prava zaštite potrošača zakonodavac Unije ne koristi ujednačenu terminologiju za označavanje suugovaratelja potrošača. On se označava na razne načine nazivima *professionnel* (trgovac) ili *entreprise* (poslovni subjekt), kao što je slučaj u Direktivi, ili čak *commerçant* (trgovac), *prestataire* (pružatelj usluga) ili *vendeur* (prodavatelj), što se u engleskoj jezičnoj verziji direktiva o zaštiti prava potrošača prevodi izrazima „trader”, „seller”, „supplier”, „vendor”, ili „business”.

7 — COM(2006) 744 *final*.

8 — Točke 4.1. i 4.2. Priloga I.

9 — Presuda od 16. ožujka 2004., AOK Bundesverband i dr. (C-264/01, C-306/01, C-354/01 i C-355/01, Zb., str. I-2493.)

10 — Presuda od 23. travnja 1991., Höfner i Elser (C-41/90, Zb., str. I-1979., t. 21.)

11 — Presuda od 11. srpnja 2006., FENIN/Komisija (C-205/03 P, Zb., str. I-6295., t. 25.)

26. U svojoj presudi Komisija/Italija¹² Sud je tako državno tijelo, Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato, koje spada pod talijansko ministarstvo financija, kvalificirao kao „poduzetnika”. Sud je vodio računa o činjenici da je to tijelo obavljalo gospodarske djelatnosti industrijskog ili poslovnog karaktera koje su se sastojale od ponude robe i usluga na tržištu, pri čemu moguće postojanje pravne osobnosti koja se razlikuje od pravne osobnosti države i koja se temelji na nacionalnom pravu nije, prema njegovu mišljenju, bilo relevantno za odluku je li navedeno tijelo trebalo smatrati poduzetnikom. Tom sudskom praksom Sud stoga cilja na javne poduzetnike, poduzetnike kojima su dodijeljena posebna ili isključiva prava kao i na poduzetnike zadužene za upravljanje uslugama u općem interesu.

27. U smislu prava tržišnog natjecanja, javni subjekt treba stoga smatrati poduzetnikom kada je utvrđeno da putem tog subjekta država obavlja gospodarske djelatnosti industrijskog ili poslovnog karaktera koje se sastoje od ponude robe ili usluga na određenom tržištu.

28. Nasuprot tome, Sud je iz pojma poduzetnika isključio dvije kategorije djelatnosti, to jest one koje uključuju izvršavanje ovlasti javnih vlasti¹³ i one kojima se nastoji postići isključivo socijalni cilj¹⁴. Stoga, kada je predmetna djelatnost povezana bilo s izvršavanjem javnih ovlasti bilo s ostvarivanjem isključivo socijalne zadaće, ta djelatnost nema gospodarski karakter i zbog toga se predmetno tijelo ne može kvalificirati kao „poduzetnik”.

29. U tom je pogledu gore navedena presuda AOK Bundesverband i dr. osobito zanimljiva. Naime, u predmetu povodom kojeg je donesena ta presuda od Suda je bilo zatraženo da djelatnost njemačkih fondova za osiguranje za slučaj bolesti, kao što je onaj o kojemu je riječ u glavnom postupku, kvalificira s obzirom na pravila utvrđena u člancima 101., 102. i 106. UFEU-a. Sud je prvo prihvatio da fondovi za slučaj bolesti ili tijela koja doprinose upravljanju javnom uslugom socijalnog osiguranja ispunjavaju isključivo socijalnu funkciju koja sprječava da ih se izjednači s poduzetnicima. Kako bi došao do ovog zaključka Sud se oslonio na obvezatnost članstva u sustavu socijalne sigurnosti kao i na načelo solidarnosti na kojemu ovaj sustav počiva. No kasnije je u svojim razmatranjima Sud prihvatio da je sasvim moguće da se „izvan svojih isključivo socijalnih funkcija u okviru upravljanja njemačkim sustavom socijalne sigurnosti, fondovi za slučaj bolesti upuste u poslove čija svrha nije socijalna, već gospodarska”¹⁵. U tom je slučaju Sud izričito priznao da se odluke koje u tom okviru donesu fondovi za osiguranje za slučaj bolesti može smatrati odlukama poduzetnika¹⁶. Tako je na temelju tih načela sud Unije u presudi Aéroports de Paris/Komisija¹⁷ napravio razliku između, s jedne strane, isključivo upravnih funkcija, osobito policijskih zadaća za koje je tijelo zaduženo, i, s druge strane, djelatnosti upravljanja i iskorištavanja pariških zračnih luka koje se naplaćuju putem komercijalnih pristojbi i koje su slijedom toga obuhvaćene pojmom gospodarske djelatnosti.

30. Ovi predmeti osobito dobro prikazuju dvostruku narav funkcija koje obavljaju određeni poduzetnici zaduženi za zadaće u općem interesu, bilo da su to opskrba vodom ili energijom, prijevoz, upravljanje otpadom, socijalne i zdravstvene usluge ili pak obrazovanje i poštanske usluge.

31. Kao što sam naveo, pristup koji je sud Unije zauzeo u okviru navedenih predmeta čini mi se relevantnim za potrebe moje analize.

12 — Presuda od 16. lipnja 1987. (C-118/85, Zb., str. 2599.)

13 — Presuda od 19. siječnja 1994., SAT Fluggesellschaft (C-364/92, Zb., str. I-43.)

14 — Gore navedena presuda Höfner i Elser i presuda od 17. veljače 1993., Poucet i Pistre (C-159/91 i C-160/91, Zb., str. I-637.)

15 — Gore navedena presuda AOK Bundesverband i dr., t. 58.

16 — *Ibidem*.

17 — Presuda Općeg suda od 12. prosinca 2000. (T-128/98, Zb., str. II-3929.)

32. Doduše, pravo tržišnog natjecanja i pravo zaštite potrošača bitno se razlikuju po svojoj naravi i području primjene. Njima se također nastoje ostvariti različite svrhe jer je zakonodavac Unije, osim toga, bio pažljiv da se pravila koja se primjenjuju na poduzetnike u okviru prava tržišnog natjecanja i koja su utvrđena u člancima 101. i 106. UFEU-a razlikuju od onih koja se odnose na zaštitu potrošača i nalaze se u članku 169. UFEU-a. No i pravo tržišnog natjecanja i pravo zaštite potrošača spadaju u gospodarsko pravo i sudjeluju u uređivanju tržišta tako što se njima sprječavaju i suzbijaju zlouporabe svojstvene slobodnom funkcioniranju tog tržišta čije su žrtve potrošači i konkurentski poduzetnici. Iako je u okviru prava tržišnog natjecanja pojam poduzetnika funkcionalan pojam određen samim obavljanjem gospodarske djelatnosti, u okviru prava potrošača pojam trgovca ima prema mojem mišljenju ista obilježja. Svoju ocjenu zasnivam na tekstu članka 2. Direktive, koji opisuje konkretan doseg članka 3. stavka 1. Direktive, kao i na svrsi Direktive.

33. Podsjećam da je u skladu s člankom 2. točkom (b) Direktive trgovac definiran kao „svaka fizička ili pravna osoba koja, u poslovnoj praksi na koju se odnosi [...] Direktiva, djeluje u svrhe vezane uz njezinu trgovačku odnosno poslovnu djelatnost, obrt ili slobodno zanimanje”.

34. Očito je da zakonodavac Unije upotrebljava krajnje široku definiciju potrošačevog suugovaratelja. S jedne strane, koristeći izraz „svaka fizička ili pravna osoba” on u područje dotičnih subjekata uključuje privatnopravne i javnopravne osobe. Suvišno je navesti da se javnopravne osobe općenito osnivaju radi ostvarivanja cilja u općem interesu.

35. S druge strane, pojam trgovca određen je njegovom poslovnom djelatnošću. Podsjećam da se Direktiva odnosi samo na „poslovnu praksu” poslovnog subjekta koja je definirana u članku 2. točki (d) Direktive kao „svaka radnja, izostavljanje, tijek postupanja ili zastupanja, tržišno komuniciranje uključujući oglašavanje i stavljanje proizvoda na tržište [...], a u izravnoj je vezi s promocijom, prodajom ili dobavljanjem proizvoda potrošačima”.

36. U tom je pogledu zanimljivo primijetiti da je definicija pojma trgovca, koju nam zakonodavac Unije predlaže u članku 2. točki (b) Direktive, istovjetna onoj koju on koristi za označavanje trgovca u okviru Direktive 85/577/EEZ¹⁸ o prodaji od vrata do vrata.

37. Stoga pojam trgovca treba s obzirom na gore navedene odredbe shvatiti kao da se odnosi na fizičku osobu ili na pravnu osobu koja u predmetnom kontekstu i neovisno o svojoj javnoj ili privatnoj naravi djeluje u okviru poslovne djelatnosti.

38. Također je korisno napomenuti da je u verziji Direktive na engleskom jeziku pojam trgovca preveden izrazom „trader”, a pojam poslovnog subjekta izrazom „business”. Za pojam „business” u francuskom jeziku ne postoji odgovarajući izraz. Ipak, kada se odnosi na djelatnost osobe, on se bez razlike prevodi izrazom „poslovna djelatnost ili profesija” ili čak izrazom „trgovina”. Kada se odnosi na onog tko obavlja tu djelatnost, prevodi se pojmovima „professionnel” (prodavatelj robe ili pružatelj usluge) ili „commerçant” (trgovac)¹⁹.

39. Smatram da se na temelju teksta članka 2. točaka (b) i (d) Direktive pojam trgovca može definirati kao funkcionalan pojam kojeg obilježava obavljanje gospodarske djelatnosti neovisne o pravnom statusu i zadaćama koje taj subjekt ima. Stoga takva definicija omogućuje da se uključe subjekti javnog prava koji obavljaju zadaću u općem interesu i koji, kao što smo prethodno vidjeli, mogu obavljati gospodarske i lukrativne djelatnosti koje mogu biti povezane s određenim vrstama nepoštenog ponašanja.

18 — Direktiva Vijeća od 20. prosinca 1985. za zaštitu potrošača u pogledu ugovora sklopljenih izvan poslovnih prostorija (SL L 372, str. 31.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 15., svezak 13., str. 3.). Člankom 2. Direktive 85/577 trgovac je definiran kao „fizička ili pravna osoba koja u toj transakciji djeluje u okviru svoje poslovne aktivnosti ili profesije, kao i svatko tko djeluje u ime ili u korist trgovca”.

19 — IATE, europska interaktivna terminološka baza podataka.

40. Takvo kvalificiranje očito zahtijeva da se pristup zauzima ovisno o pojedinačnom slučaju. Što se tiče tijela kao što je predmetno, moram istražiti narav djelatnosti s kojom je povezano predmetno postupanje i napraviti razliku između, s jedne strane, postupanja s isključivo socijalnim ciljem, koja nisu poslovne prirode te su stoga isključena iz područja primjene Direktive, i, s druge strane, radnji obuhvaćenih gospodarskom ili poslovnom djelatnošću, kao što je predmetno oglašavanje, a koje bi čak i kao pomoćne mogle biti obuhvaćene tim područjem primjene.

41. Ovo tumačenje pojma trgovca u skladu je s tumačenjem koje nam zakonodavac Unije predlaže u širem okviru direktiva o pravima potrošača. Na primjer, Direktiva Vijeća 93/13/EEZ od 5. travnja 1993. o nepoštenim uvjetima u potrošačkim ugovorima²⁰ definira prodavatelja (robe) ili pružatelja (usluge) kao „svak[u] fizičk[u] ili prav[n]u osob[u] koja [...] nastupa u okviru svojeg obrta, poduzeća i profesije, bez obzira na to je li u javnom ili privatnom vlasništvu“²¹, a Direktiva 98/6/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 16. veljače 1998. o zaštiti potrošača prilikom isticanja cijena proizvoda ponuđenih potrošačima²² definira trgovca kao „svak[u] fizičk[u] ili prav[n]u osob[u] koja prodaje ili nudi na prodaju proizvode koji ulaze u okvir njegove *komercijalne ili profesionalne aktivnosti*“²³. U okviru nove Direktive 2011/83/EU²⁴ zakonodavac Unije definirao je naposljetku trgovca kao „svak[u] fizičk[u] ili prav[n]u osob[u], neovisno o tome je li u privatnom ili javnom vlasništvu, koja [...] djeluje, uključujući i preko drugih osoba koje djeluju u njezino ime ili za njezin račun, u svrhe povezane sa svojom *trgovačkom, poslovnom, obrtničkom ili profesionalnom djelatnošću*“²⁵.

42. Svim ovim direktivama zajednička je činjenica da trgovac može biti fizička ili pravna osoba javnog ili privatnog prava koja u odnosu koji ima s potrošačem djeluje u okviru svoje poslovne ili profesionalne djelatnosti, a što pretpostavlja da djeluje u okviru redovite i lukrativne djelatnosti.

43. S obzirom na tekst članka 2. točke (d) Direktive, ne vidim dakle nijedan element kojim se može opravdati da se iz područja primjene Direktive isključe javnopravne osobe koje obavljaju zadaću u općem interesu, kao što su fondovi za osiguranje za slučaj bolesti, kada primjenjuju poslovnu praksu.

44. Smatram, osim toga, da svrha direktive nalaže da pojam trgovca obuhvaća takvo tijelo.

45. Naime, Direktivom se nastoji zajamčiti visok stupanj zaštite potrošača i osigurati pošteno poslovanje tako da se sprečava i bori protiv nepoštene poslovne prakse²⁶.

46. Radi postizanja tih ciljeva zakonodavac Unije odlučio je provesti potpuno usklađivanje nacionalnih zakonodavstava i izabrao krajnje široko područje primjene Direktive. Naime, u skladu s njezinim člankom 3. stavkom 1., njezin je cilj obuhvatiti sve poslove između trgovaca i potrošača u svim sektorima te se primjenjuje ne samo u fazi oglašavanja ili stavljanja u promet, nego i tijekom i nakon sklapanja posla u vezi s proizvodom.

20 — SL L 95, str. 29. (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 15., svezak 12., str. 24.)

21 — Članak 2. točka (c) Direktive 93/13. Moje isticanje.

22 — SL L 80, str. 27. (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 15., svezak 12., str. 39.)

23 — Članak 2. točka (d) Direktive 98/6. Moje isticanje.

24 — Direktiva Europskog parlamenta i Vijeća od 25. listopada 2011. o pravima potrošača, izmjeni Direktive Vijeća 93/13/EEZ i Direktive 1999/44/EZ Europskog parlamenta i Vijeća te o stavljanju izvan snage Direktive Vijeća 85/577/EEZ i Direktive 97/7/EZ Europskog parlamenta i Vijeća (SL L 304, str. 64.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 15., svezak 8., str. 260.).

25 — Vidjeti članak 2. točku 2. Direktive 2011/83. Moje isticanje.

26 — Uvodne izjave 1., 8. i 11. Direktive.

47. *Ratio legis* Direktive izražen je u njezinu članku 5. koji određuje načelnu zabranu nepoštene poslovne prakse. Tako na temelju te odredbe mora biti moguće spriječiti ili čak kazniti radnje u okviru poslovne djelatnosti koje su, s jedne strane, u suprotnosti sa zahtjevima u pogledu profesionalne pažnje i koje, s druge strane, mogu bitno utjecati na gospodarsko ponašanje potrošača. Stoga se Direktivom nastoji zajamčiti da potrošači ne budu zavarani ili izloženi agresivnom marketingu te da svaka tvrdnja koju trgovac iznesene u okviru svoje poslovne djelatnosti bude jasna, točna i dokazana kako bi potrošači mogli donijeti informirane i smislene odluke.

48. Kako bi se osigurala djelotvornost takve odredbe i u konačnici djelotvorna i usklađena provedba borbe protiv nepoštene poslovne prakse, čini mi se ne samo legitimnim, nego i neophodnim da se tijelo, kao što je ono o kojemu je riječ u glavnom postupku, može kvalificirati kao „trgovac” kada u odnosu na potrošača, u ovom slučaju članove, postupa poslovno. Naime, smatram da ne postoji nikakav razlog da pravni oblik tog tijela ili zadaće koje ima liše potrošača svake zaštite u odnosu na radnju koja ga je zavarala ili dovela u zabludu.

49. Prvo, činjenica da javnopravno tijelo obavlja zadaću u općem interesu ne znači *a fortiori* da ono u svojem tržišnom sektoru ne obavlja nikakvu poslovnu ili gospodarsku djelatnost. Kao što smo prethodno vidjeli, analiza Suda u gore navedenoj presudi AOK Bundesverband i dr. u tom je pogledu posebno ilustrativna jer se predmet povodom kojeg je donesena ta presuda odnosi na zadaće i djelatnosti njemačkih fondova za osiguranje za slučaj bolesti. Podsjećam da je u navedenoj presudi Sud izričito priznao da se fondovi za osiguranje u slučaju bolesti mogu upustiti u poslove čija svrha nije socijalna, nego gospodarska²⁷. Neophodno je za takve gospodarske poslove da podliježu obvezi poštovanja pravila propisanih Direktivom, kao i svi poslovi iste naravi koje privatni subjekt može obavljati.

50. Kao drugo, ne postoji nijedan razlog kojim bi se opravdalo da javnopravno tijelo koje obavlja zadaću u općem interesu bude oslobođeno obveze poštovanja tako temeljnih pravila kao što su ona o profesionalnoj pažnji ili da mu se zbog njegovih zadaća čak dopusti lagati potrošačima ili ponašati se nepošteno u odnosu na druge gospodarske subjekte. Očito je da ograničenja kojima takav subjekt podliježe zbog zadaće u općem interesu koju ispunjava ne oslobađaju istoga obveze da dokaže dobru vjeru u svojem području djelatnosti i da djeluje pažljivo i stručno u odnosu na potrošača jer obveza postupanja s profesionalnom pažnjom postoji u svim vrstama djelatnosti, možda čak i više u područjima u općem interesu kao što je zdravstvo. Ne vidim dakle nijedan razlog koji bi opravdao da takvo tijelo bude u pogledu svoje poslovne djelatnosti podvrgnuto pravilima različitim od onih kojima je podvrgnuta privatnopravna ustanova.

51. Stoga sam s obzirom na sve gore navedeno uvjeren da priroda i važnost javnog interesa na kojem počiva zaštita potrošača opravdavaju da se članak 5. Direktive protumači na način da obuhvaća radnje poduzetnika koji, neovisno o svojem statusu ili zadaći u općem interesu koje imaju, krše svoju dužnost profesionalne pažnje i u svojem sektoru djelatnosti primjenjuju nepoštenu poslovnu praksu.

52. Zbog toga, kada predmetno postupanje ispunjava uvjete izričito utvrđene u članku 5. Direktive, to jest kada se radi o poslovnoj praksi koja je u suprotnosti sa zahtjevima u pogledu profesionalne pažnje te je vjerojatno da će bitno narušiti gospodarsko ponašanje potrošača, ono samo po sebi predstavlja nepoštenu poslovnu praksu, neovisno o sustavu javnog ili privatnog prava u okviru kojeg predmetno tijelo djeluje kao i o zadaći u općem interesu koju obavlja.

53. Ako se iz područja primjene Direktive isključe takva tijela, koristan učinak Direktive mogao bi biti ugrožen jer bi se time u bitnome smanjilo njezino područje primjene.

27 — Točka 58.

54. Nadalje, ako bi primjenjivost pravila Direktive ovisila o naravi sustava u okviru kojeg trgovac djeluje i o zadaćama koje obavlja, u Uniju bi se uvela promjenjiva zaštita potrošača, a što bi moglo ugroziti usklađivanje kojem teži zakonodavac Unije. Naime, način na koji se upravlja uslugama u općem interesu razlikuje se među državama članicama jer one svoje upravljanje mogu povjeriti javnom poduzetniku ili ga prenijeti na privatnog poduzetnika. Nadalje, djelatnosti u općem interesu također se mogu razlikovati među državama članicama, pri čemu te razlike dolaze do izražaja zbog činjenice da se usluge u općem interesu otvaraju tržišnom natjecanju i zbog brzine kojom ga države članice provode. Stoga je granica između usluga u općem interesu *stricto sensu* i povezanih djelatnosti koje podliježu tržišnom natjecanju pomična i nestalna te očito ne može predstavljati kriterij za ocjenu.

55. Slijedom navedenog i s obzirom na ciljeve koje zakonodavac Unije namjerava slijediti, smatram da pojam „trgovac” iz članka 2. točke (b) Direktive treba obuhvaćati pravne osobe javnog prava koje obavljaju zadaću u općem interesu, kao što je fond za osiguranje za slučaj bolesti, kada obavljaju poslovne djelatnosti.

56. S obzirom na sva ta razmatranja, smatram posljedično da članak 3. stavak 1. Direktive u vezi s njezinim člankom 2. točkom (d) treba tumačiti na način da se javnopravno tijelo koje obavlja zadaću u općem interesu, kao što je fond za osiguranje za slučaj bolesti, može kvalificirati kao „trgovac” kada se među potrošačima poslovno oglašava.

IV – Zaključak

57. S obzirom na prethodna razmatranja, predlažem Sudu da Bundesgerichtshofu odgovori na sljedeći način:

Članak 3. stavak 1. Direktive 2005/29/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 11. svibnja 2005. o nepoštenoj poslovnoj praksi poslovnog subjekta u odnosu prema potrošaču na unutarnjem tržištu i o izmjeni Direktive Vijeća 84/450/EEZ, direktiva 97/7/EZ, 98/27/EZ i 2002/65/EZ Europskog parlamenta i Vijeća, kao i Uredbe (EZ) br. 2006/2004 Europskog parlamenta i Vijeća („Direktiva o nepoštenoj poslovnoj praksi”) u vezi s člankom 2. točkom (d) Direktive 2005/29, treba tumačiti na način da se javnopravno tijelo koje obavlja zadaću u općem interesu, kao što je fond za osiguranje za slučaj bolesti, može kvalificirati kao „trgovac” kada se među potrošačima poslovno oglašava.